



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2008

Regulierung von Elektrizitätstarifen und Strompreisen

Weber, Rolf H ; Mannhart, Annja

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-7075>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Weber, Rolf H; Mannhart, Annja (2008). Regulierung von Elektrizitätstarifen und Strompreisen. Jusletter:1-11.

Prof. Dr. iur. Rolf H. Weber / Annja Mannhart

Regulierung von Elektrizitätstarifen und Strompreisen

Seit dem 1. Januar 2008 ist die Elektrizitätskommission ElCom die zuständige Spezialbehörde für die Regulierung des Strommarktes; früher war die Aufgabe, Preise im Strommarkt zu überwachen, der Preisüberwachung und der Wettbewerbskommission zugewiesen. Der Beitrag analysiert die mit diesem Kompetenzübergang einhergehende neue Aufgabenverteilung zwischen der ElCom und der Preisüberwachung mit Blick auf die Elektrizitätstarife und Strompreise; hingewiesen wird auch auf problematische «Graubereiche» in Bezug auf die Überwachungstätigkeiten.

Rechtsgebiet(e):: Energie- und Umweltrecht

Zitiervorschlag: Rolf H. Weber / Annja Mannhart, Regulierung von Elektrizitätstarifen und Strompreisen, in: Jusletter 7. April 2008

Inhaltsübersicht

- I. Einführung
 1. Allgemeines
 2. Liberalisierungsphasen I und II
 3. Terminologie
 - 3.1. Elektrizitätstarif
 - 3.2. Strompreis
 - 3.3. Netznutzungstarif und -entgelt
- II. Strompreisbildung im liberalisierten Markt
 1. Struktur des schweizerischen Strommarktes
 - 1.1. Stromteilmärkte
 - 1.2. Elektrizitätsversorgungsunternehmen (EVU)
 2. Strompreisbestandteile
- III. Regulierung nach Preisüberwachungsrecht
 1. Transparenz der Strompreise (Art. 8 PüG)
 2. Strompreisabklärungen (Art. 7 und 8 PüG)
 3. Voranmeldungen von Strompreiserhöhungen (Art. 6 PüG)
 - 3.1. Gruppe e
 - 3.2. Elektrizitätswerk der Stadt Zürich (ewz)
- IV. Regulierung nach Stromversorgungsrecht
 1. Zusammensetzung und Aufgaben der ElCom
 - 1.1. Zusammensetzung
 - 1.2. Aufgaben (Zuständigkeitsbereich)
 2. Abgrenzung der ElCom zur und Koordination mit der Preisüberwachung
 - 2.1. Abgrenzung zur Preisüberwachung
 - 2.2. Koordination mit der Preisüberwachung
- V. Zusammenfassung

I. Einführung

1. Allgemeines

[Rz 1] Die Preise im Stromsektor stehen immer wieder im Fokus der Öffentlichkeit¹. Von den Strompreisen sind nicht nur Individualpersonen und Unternehmen in gleicher Weise betroffen, sondern die Sensitivität im Falle von Preiserhöhungen rührt auch daher, dass ein Markt, der Preisverhandlungen ermöglichen würde, kaum (mit Ausnahme von Rabatten zugunsten grosser Abnehmer) besteht. Das Fehlen von Wettbewerb macht eine staatliche Preisüberwachung notwendig². Die entsprechende Kontrollkompetenz ist am 1. Januar 2008 von der Preisüberwachung auf die Elektrizitätskommission ElCom übergegangen.

[Rz 2] Der genannte Kompetenzübergang wird nachfolgend zum Anlass genommen, um einen Rückblick auf das bisherige rechtliche Regime und seine Praxis zu werfen sowie um die neu geltende Regelung näher zu betrachten³. Wie die Tarife und Preise im Elektrizitätssektor künftig reguliert und

überwacht werden, erweist sich als eine vordringliche Frage, weshalb eine Lageanalyse besonders gerechtfertigt ist.

2. Liberalisierungsphasen I und II

[Rz 3] Mit dem Stromversorgungsgesetz (Stromversorgungsgesetz, StromVG) vom 23. März 2007 (im Folgenden: StromVG)⁴ wird der Strommarkt in zwei Etappen liberalisiert⁵. Hintergrund dieser schrittweisen Strommarktiliberalisierung ist das Scheitern des Elektrizitätsmarktgesetzes (EMG) im Jahre 2002⁶. Auf der Basis der in den liberalisierten Teilmärkten zunächst gesammelten Erfahrungen soll über die gänzliche Liberalisierung des Strommarktes nochmals durch das Parlament und gegebenenfalls durch das Volk entschieden werden; für die zweite Liberalisierungsphase bedarf es eines Beschlusses der Bundesversammlung, der dem fakultativen Referendum untersteht (Art. 34 Abs. 3 StromVG)⁷.

[Rz 4] In der am 1. Januar 2009 einsetzenden ersten Liberalisierungsphase vermögen lediglich die Elektrizitätsversorgungsunternehmen (EVU) und alle unternehmerischen Gross-Endverbraucher⁸ (ca. 65 Prozent) ihren Stromlieferanten frei zu wählen⁹. Der noch nicht liberalisierte Markt der (privaten und unternehmerischen) Klein-Endverbraucher¹⁰

⁴ SR 734.7. Vgl. dazu Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz vom 3. Dezember 2004, BBl 2005 1611 (zit. Botschaft StromVG).

⁵ In einem ersten Schritt wird am 1. Januar 2009 der Markt für Elektrizitätsversorgungsunternehmen mit Weitervermarktungsabsicht (EVU) sowie für unternehmerische Endverbraucher mit einem jährlichen Elektrizitätsverbrauch von mehr als 100 MWh pro Verbrauchsstätte (sog. freie Endverbraucher, Art. 6 Abs. 2 StromVG e contrario) geöffnet (Art. 6 Abs. 6 StromVG e contrario). Fünf Jahre später soll in einem zweiten Schritt der Netzzugang auf sämtliche Endverbraucher, also auch auf die Haushalte und die unternehmerischen Endverbraucher mit einem Jahresstrombezug von weniger als 100 MWh pro Verbrauchsstätte, ausgeweitet werden; Botschaft StromVG (Fn. 4), BBl 2005 1611, 1620. Für Haushalte besteht indessen im vollliberalisierten Strommarkt das Wahlmodell mit abgesicherter Stromversorgung (sog. WAS, Art. 7 StromVG): Danach haben Haushalte periodisch die Wahlmöglichkeit, ob sie am liberalisierten Elektrizitätsmarkt partizipieren oder sich weiterhin von ihrem bisherigen EVU beliefern lassen wollen. Im letzteren Fall sind die EVU verpflichtet, die Haushalte wie bis anhin zu beliefern (Art. 7 Abs. 1 StromVG); Botschaft StromVG (Fn. 4), BBl 2005 1611, 1621. Haushalte und unternehmerische Endverbraucher mit einem jährlichen Stromverbrauch von weniger als 100 MWh pro Verbrauchsstätte (sog. feste Endverbraucher) werden rechtlich gleich behandelt.

⁶ WEBER ROLF H./KRATZ BRIGITTA, Elektrizitätswirtschaftsrecht, Bern 2005, § 11 Rz. 7 ff; BISCHOF JUDITH, Rechtsfragen der Stromdurchleitung, Spezialgesetzliche und kartellrechtliche Liberalisierung des schweizerischen Elektrizitätsmarktes, Diss., Zürich 2002, 68 ff.

⁷ Zu den Konsequenzen eines Verzichts auf die Voll liberalisierung vgl. Botschaft StromVG (Fn. 4), BBl 2005 1611, 1621.

⁸ Zu den Charakteristika eines unternehmerischen Gross-Endverbrauchers vgl. hinten Rz. 11 sowie Fn. 5.

⁹ Art. 6 Abs. 5 StromVG i.V.m. Art. 6 Abs. 2 StromVG und Art. 13 StromVG e contrario; vgl. auch Botschaft StromVG (Fn. 4), BBl 2005 1611, 1621.

¹⁰ Zu den Charakteristika eines Klein-Endverbrauchers vgl. hinten Rz. 11 sowie Fn. 5.

¹ Vgl. z.B. TA vom 29. Februar 2008, 31; NZZ Nr. 3 vom 5./6. Januar 2008, 15; NZZ Nr. 278 vom 29. November 2007, 16; NZZ Nr. 265 vom 14. November 2007, 15; TA vom 14. November 2007, 26; zu den Strompreisen in Deutschland vgl. z.B. TA vom 19. Oktober 2007, 31; Handelsblatt Nr. 223 vom 19. November 2007, 1; zu den staatlich regulierten Strompreisen in Frankreich vgl. z.B. NZZ Nr. 135 vom 14. Juni 2007, 25.

² Vgl. WEBER ROLF H., Wirtschaftsregulierung in wettbewerbspolitischen Ausnahmehereichen, Baden-Baden 1986, 370.

³ Vgl. hinten Rz. 15 ff und Rz. 37 ff.

profitiert indessen indirekt von der Wahlfreiheit ihrer EVU (Endverteiler)¹¹. Dass nicht alle Marktteilnehmer (Konsumentierende) gleich behandelt werden, erscheint immerhin als etwas problematisch (und entspricht auch nicht den europäischen Vorgaben).

3. Terminologie

3.1. Elektrizitätstarif

[Rz 5] Der Begriff «Elektrizitätstarif» wird im neuen Stromversorgungsrecht immer mit Bezug auf die während der ersten Marktöffnungsphase¹² geltenden Bedingungen für die festen Endverbraucher (Art. 6 Abs. 2 StromVG), die nicht direkt von der Teilliberalisierung profitieren können (Art. 6 Abs. 3 StromVG), sowie im Zusammenhang mit dem Wahlmodell mit abgesicherter Stromversorgung (sog. WAS, Art. 7 StromVG)¹³ verwendet. Mittelbar lässt sich auch der Botschaft entnehmen, dass von «Elektrizitätstarifen» nur die Rede sein sollte, wenn es sich um den von festen Endverbrauchern geschuldeten gesamten Gegenwert für das Konsumgut «Strom» (einschliesslich der Netznutzungskosten, Abgaben an Gemeinwesen und des Unternehmergewinns)¹⁴ handelt, der nicht dem Wettbewerb ausgesetzt ist¹⁵.

3.2. Strompreis

[Rz 6] Hinsichtlich der bereits in der ersten Liberalisierungsetappe freien Endverbraucher¹⁶ sowie der Stromabnehmer im liberalisierten Elektrizitätsmarkt (unter Ausnahme der WAS-Kunden, Art. 7 StromVG)¹⁷ bildet der Begriff «Elektrizitätspreis» bzw. «Strompreis» das Pendant zum «Elektrizitätstarif», mit dem Unterschied, dass mit der Verwendung des Begriffs «Preis» terminologisch das Wirken der Wettbewerbskräfte auf die Strompreisbildung im geöffneten Strommarkt zu verdeutlichen versucht wird¹⁸.

[Rz 7] Im Folgenden werden die ebenfalls in Literatur und Praxis anzutreffenden Ausdrücke «Stromgesamtpreis», «Strombezugspreis», «Energiepreis», «Preis der Vollversorgung»¹⁹ synonym mit «Strompreis» verwendet.

3.3. Netznutzungstarif und -entgelt

[Rz 8] Der Bestandteil des Elektrizitätstarifs bzw. Strompreises

für den Kostenposten der Netznutzung wird entsprechend als «Netznutzungstarif» bzw. «Netznutzungsentgelt» bezeichnet²⁰. Netznutzungstarife bzw. -entgelte sind ein Kostenfaktor, den es bei der Festsetzung des Elektrizitätstarifs und des Strompreises zu berücksichtigen gilt²¹. Netznutzungstarife und -entgelte sind aufgrund des Marktversagens²² im Teilmarkt des Stromtransports²³ («Netznutzung»)²⁴ durch das Stromversorgungsrecht eingehend geregelt²⁵ und unterliegen einer spezialisierten Regulierungs- und Überwachungsbehörde (Elektrizitätskommission ElCom)²⁶.

II. Strompreisbildung im liberalisierten Markt

1. Struktur des schweizerischen Strommarktes

1.1. Stromteilmärkte

[Rz 9] Der Elektrizitätsmarkt kann anhand des zu durchlaufenden Prozesses des Produktes «Strom» von den Herstellern zu den Endverbrauchern²⁷ in folgende Teilmärkte mit jeweils unterschiedlicher Wettbewerbssituation aufgegliedert werden:

- Markt für die Stromerzeugung;
- Markt für den Stromgrosshandel²⁸;
- Markt für den netzgebundenen Stromtransport²⁹

²⁰ Vgl. z.B. Art. 6 Abs. 4 StromVG, Art. 7 Abs. 3 StromVG sowie Art. 22 Abs. 2 StromVG.

²¹ Vgl. hinten Rz. 13.

²² Der Wettbewerb funktioniert (z.B. wegen ruinösen Wettbewerbs) nicht; deshalb wird von «Entgelten» und nicht von «Preisen» gesprochen; vgl. dazu WEBER (Fn. 2), 109 ff.

²³ Vgl. hinten Rz. 9.

²⁴ Im gescheiterten Elektrizitätsmarktgesetz (EMG) umschrieb der Begriff «Durchleitungstarif» bzw. «Durchleitungsentgelt» den Kostenfaktor für den Stromtransport; vgl. z.B. BISCHOF (Fn. 6), 84 ff.

²⁵ Die Kontrollkriterien für die Netznutzungstarife bzw. -entgelte können nicht Gegenstand dieses Aufsatzes sein, sondern bilden Gegenstand eines gesonderten Beitrages; vgl. dazu den ausführlichen Wortlaut der jeweiligen Bestimmungen im StromVG (Fn. 4) sowie die entsprechende Botschaft StromVG (Fn. 4), BBI 2005 1611 und in der StromVV (Fn. 93). Vgl. ausserdem die Studie «Netznutzungsentgelte: Ermittlung der risikogerechten Kapitalverzinsung der schweizerischen Elektrizitätsnetzbetreiber», Erste Fassung 2006, (besucht am 12. März 2008).

²⁶ Vgl. hinten Rz. 37 ff.

²⁷ Endverbraucher sind Kunden, die Strom für den eigenen Verbrauch kaufen (Art. 4 Abs. 1 lit. b StromVG).

²⁸ Weiterführend zum Stromhandel WEBER ROLF H. (Hrsg.), Stromhandel, Zürich 2007, 1 ff. Zur Ermittlung des Stromgrosshandelspreises in der Schweiz vgl. WENZEL BERND, Ermittlung des Stromgrosshandelspreises im Schweizer Strommarkt, Untersuchung im Auftrag des Bundesamtes für Energie, Bern 2007, 5 ff, insbes. 19 ff.

²⁹ Elektrizitätsnetze sind Anlagen, die aus einer Vielzahl von Leitungen und

¹¹ Art. 6 Abs. 5 StromVG i.V.m. Art. 6 Abs. 2 StromVG und Art. 13 StromVG; vgl. auch Botschaft StromVG (Fn. 4), BBI 2005 1611, 1621.

¹² Zu den Marktöffnungssetappen vgl. vorne Rz. 3 sowie insbes. Fn. 5.

¹³ Vgl. Fn. 5.

¹⁴ Für die Elektrizitätstarif- bzw. Strompreisbestandteile vgl. hinten Rz. 13.

¹⁵ Vgl. z.B. Botschaft StromVG (Fn. 4), BBI 2005 1611, 1661 sowie 1676.

¹⁶ Die Charakteristika der freien Endverbraucher ergeben sich aus Art. 6 Abs. 2 StromVG e contrario; vgl. dazu ferner hinten Rz. 11 sowie Fn. 5.

¹⁷ Vgl. Fn. 5.

¹⁸ Vgl. auch hinten Rz. 14.

¹⁹ RPW 2005/5 747.

(bestehend aus dem Teilmarkt der Stromübertragung³⁰ und der Stromverteilung³¹);

- Markt für die Stromabnahme (Strombezug, -verkauf)³².

[Rz 10] Der Markt für die Stromabnahme lässt sich weiter anhand der Eigenschaften der Stromabnehmer in einen Markt für den Stromweiterverkauf (Vertrieb) durch EVU und einen Markt für Endverbraucher (private Haushalte, unternehmerische Verbraucher) aufteilen.

[Rz 11] Im Zusammenhang mit der freien Lieferantenwahl der Stromabnehmer³³ sowie mittelbar auch mit der Zuständigkeitsabgrenzung zwischen der ElCom und der Preisüberwachung³⁴ wird der Markt der Stromabnehmer leicht abweichend unterteilt. Gemäss Stromversorgungsrecht ist insbesondere die Abgrenzung der Elektrizitätsteilmärkte anhand des Jahresbezugs der Stromabnehmer relevant. Danach wird der Markt, welcher den Stromweiterverkauf durch EVU sowie den Gross-Endverbrauch von Unternehmen (Jahresverbrauch grösser als 100 MWh pro Verbrauchsstätte)³⁵ umfasst, vom Markt des Stromendverbrauchs durch private Haushalte und unternehmerische Klein-Endverbraucher (Jahresverbrauch kleiner als 100 MWh pro Verbrauchsstätte)³⁶ abgegrenzt. Die Kundengruppe der unternehmerischen Endkonsumenten³⁷ wird folglich in Gross- und Kleinverbraucher aufgespalten.

1.2. Elektrizitätsversorgungsunternehmen (EVU)

[Rz 12] Die Stromversorgung (Stromproduktion, Stromübertragung, Grosshandel, Stromverteilung und Verkauf)³⁸ ist Sache der Elektrizitätswirtschaft. Der Strommarkt ist stark fragmentiert, d.h. die Stromversorgung der Schweiz wird durch rund 900 EVU (sieben Verbundunternehmen

und rund 80 Produzenten) besorgt³⁹. In einigen Kantonen sind mehrere Elektrizitätswerke (als Teil der Gemeindeverwaltung oder in privatwirtschaftlicher Hand)⁴⁰ gleichzeitig auch für die Wasser- und Gasversorgung zuständig (sog. Querverbundunternehmen)⁴¹. In anderen Kantonen ist ein einziges, vertikal integriertes EVU⁴² (in öffentlicher oder privatwirtschaftlicher Hand)⁴³ für die ganze Versorgungskette oder mehrere Stufen davon verantwortlich. In weiteren Kantonen nehmen je verschiedene EVU die unterschiedlichen Versorgungsaspekte wahr⁴⁴.

2. Strompreisbestandteile

[Rz 13] Die Strompreise (und die Elektrizitätstarife) für die Stromabnehmer setzen sich aus den Kosten für

- die Stromproduktion,
- die Netznutzung zur Stromübertragung, Stromverteilung und Stromeinspeisung (Stromtransport)⁴⁵,
- die Abgaben an die Gemeinwesen⁴⁶ sowie
- den Unternehmensgewinn⁴⁷

zusammen.

[Rz 14] Auf dem Teilmarkt der Stromproduktion spielen die Wettbewerbskräfte, sodass sich der Preis für das Produkt «Strom» grundsätzlich nach dem Prinzip von «Angebot und Nachfrage» ergibt⁴⁸.

den erforderlichen Nebenanlagen zur Übertragung und Verteilung von Elektrizität bestehen. Art. 4 Abs. 1 lit. a StromVG unterscheidet Elektrizitätsnetze nach ihrer Aufgabe in Übertragungsnetze und Verteilnetze.

³⁰ Übertragungsnetze sind Elektrizitätsnetze, die der Übertragung von Elektrizität über grössere Distanzen im Inland sowie dem Verbund mit den ausländischen Netzen dienen und in der Regel auf der Spannungsebene 220/380 kV betrieben werden (Art. 4 Abs. 1 lit. h StromVG).

³¹ Verteilnetze sind Elektrizitätsnetze hoher, mittlerer oder niedriger Spannung zum Zweck der Belieferung von Endverbrauchern oder EVU (Art. 4 Abs. 1 lit. i StromVG).

³² Auf dem Stromverkaufsmarkt kann nur Wettbewerb herrschen, wenn die Stromproduzenten bzw. Stromhändler und vertikal integrierten EVU Zugang auf die in der Vertriebskette dazwischen liegenden Märkte der Stromübertragung und Stromverteilung haben, damit sie auf dem Stromverkaufsmarkt teilzunehmen vermögen. Vgl. auch WEBER/KRATZ (Fn. 6), § 11 Rz. 7.

³³ Zur gestuften Strommarktöffnung vgl. vorne Rz. 3 f sowie insbes. Fn. 5.

³⁴ Vgl. dazu hinten Rz. 42 ff.

³⁵ Die Legaldefinition für Endverbraucher findet sich in Art. 4 Abs. 1 lit. b StromVG; vgl. Fn. 27.

³⁶ Vgl. dazu auch vorne Rz. 3 f und insbes. Fn. 5.

³⁷ Zum Begriff der Endverbraucher vgl. Fn. 27.

³⁸ Vgl. die entsprechenden Teilmärkte der Stromwirtschaft vorne in Rz. 9.

³⁹ Botschaft StromVG (Fn. 4), BBl 2005 1611, 1615.

⁴⁰ Zu den Organisationsformen der EVU vgl. WEBER/KRATZ (Fn. 6), § 3 Rz. 44 ff, insbes. Rz. 46 ff (EVU als juristische Personen des Privatrechts) und Rz. 54 ff (öffentlich-rechtlich organisierte EVU).

⁴¹ Botschaft StromVG (Fn. 4), BBl 2005 1611, 1615. Zur Verbundwirtschaft ferner WEBER/KRATZ (Fn. 6), § 3 Rz. 28 ff.

⁴² Zur vertikalen Integration von EVU vgl. WEBER/KRATZ (Fn. 6), § 3 Rz. 23 f.

⁴³ Vgl. Fn. 40.

⁴⁴ Zum Ganzen Botschaft StromVG (Fn. 4), BBl 2005 1611, 1615; ferner WEBER/KRATZ (Fn. 6), § 3 Rz. 23 ff; JAGMETTI RICCARDO, Energierecht, in: SBVR, Bd VII, Basel 2005, Rz. 2311. Zur Verfassungsmässigkeit aller Tätigkeitsbereiche der Stromversorgung als öffentliche Aufgaben WEBER/KRATZ (Fn. 6), § 8 Rz. 11 ff.

⁴⁵ Im Bereich der Netze ändert die Strommarktöffnung nichts an der bestehenden faktischen Monopolsituation, denn auch wenn ein Stromabnehmer seinen Stromproduzenten wechselt, wird dieser den Strom über die bereits bestehende Netzinfrastruktur zu liefern haben (RPW 2007/5 704).

⁴⁶ Vgl. z.B. Art. 21 Abs. 5 StromVG (Verwaltungsgebühren zur Deckung der Kosten der ElCom) oder Art. 28 StromVG (Aufsichtsabgabe der Netzgesellschaft als Bestandteil des Netznutzungsentgelts).

⁴⁷ Die Preisüberwachung vertritt den Standpunkt, es gehöre zu ihren Aufgaben zu bestimmen, was ein angemessener Gewinn sei (Art. 13 Abs. 1 lit. b PÜG). Die Preisüberwachung bedient sich bei der Prüfung des angemessenen Gewinns der Weighted Average Cost of Capital (WACC) Methode (RPW 2007/5 702); zur WAAC-Methode vgl. RPW 2007/5 704 f und RPW 2006/5 767 sowie die Studie «Netznutzungsentgelte: Ermittlung der risikogerechten Kapitalverzinsung der schweizerischen Elektrizitätsnetzbetreiber» (Fn. 25).

⁴⁸ Strompreise sollen sich vorwiegend im freien Wettbewerb bilden; für die Berechnung der Netznutzungsentgelte sieht der Gesetzgeber klare Regeln

III. Regulierung nach Preisüberwachungsrecht

[Rz 15] Bis zum Inkrafttreten des StromVG am 1. Januar 2008 war die Preisüberwachung die zuständige Behörde für die Beurteilung von Strompreisen⁴⁹. In den letzten Jahren vor Erlass der bundesrechtlichen Spezialgesetzgebung zum Strommarkt hat die Preisüberwachung vermehrt Stellung in einer im Preisüberwachungsgesetz (PüG) vom 20. Dezember 1985⁵⁰ vorgesehenen Form⁵¹ entweder zum Gesamttarif des Stroms oder zum Durchleitungstarif bezogen, weil die Elektrizitätstarife ausdrücklich als im Prioritätsbereich der Preisüberwachung liegend erklärt wurden⁵².

[Rz 16] Auf der einen Seite können marktmächtige Unternehmen, die eine Preiserhöhung beabsichtigen, eine solche freiwillig gemäss Art. 6 PüG der Preisüberwachung unterbreiten⁵³. Auf der anderen Seite enthält Art. 7 PüG das Recht Einzelner, die vermuten, dass eine Erhöhung oder Beibehaltung eines Preises missbräuchlich sei, dies der Preisüberwachung schriftlich zu melden. Aufgrund solcher Meldungen oder eigener Beobachtungen⁵⁴ klärt die Preisüberwachung ab, ob Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Preiserhöhung oder -beibehaltung bestehen (Art. 8 PüG)⁵⁵.

[Rz 17] Art. 9 PüG hält die Preisüberwachung dazu an, bei einem festgestellten Preismissbrauch mit den Betroffenen eine einvernehmliche Regelung anzustreben; andernfalls ist die Preisüberwachung ermächtigt, eine missbräuchliche Preiserhöhung ganz oder teilweise zu untersagen oder eine Preissenkung zu verfügen (Art. 10 PüG)⁵⁶.

[Rz 18] Werden Preise durch eine Legislativ- oder Exekutivbehörde (auf Bundes-, Kantons- oder Gemeindeebene) festgesetzt⁵⁷, genehmigt oder überwacht, verfügt die Preisüberwachung bei beabsichtigten Preiserhöhungen über ein Recht zur Stellungnahme (Art. 14 Abs. 1 PüG). Weicht die Behörde von der Empfehlung der Preisüberwachung ab, muss sie dies in ihrem Entscheid begründen (Art. 14 Abs. 2 PüG)⁵⁸.

[Rz 19] Das Bundesgericht hat sich in seinem 2003 gefällten Grundsatzentscheid⁵⁹ zur Liberalisierung des

Elektrizitätsmarkts gestützt auf das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 6. Oktober 1995⁶⁰ weder zur Berechnung des Netznutzungsentgelts noch zu den Stromgesamtpreisen konkret geäußert⁶¹.

1. Transparenz der Strompreise (Art. 8 PüG)

[Rz 20] Zur Schaffung von Transparenz⁶² publiziert die Preisüberwachung seit 2003 die Endverbraucherpreise sämtlicher EVU (850 Versorgungsgebiete)⁶³ für standardisierte Verbrauchergruppen auf ihrer Homepage und aktualisiert diese Preise regelmässig⁶⁴. Die Angaben stützen sich auf Mitteilungen der EVU selbst⁶⁵. Infolge der geschaffenen Preistransparenz haben viele EVU ihre Stromgesamtpreise gesenkt⁶⁶ bzw. ihre Preise kaum mehr erhöht.

[Rz 21] Die Preisüberwachung analysiert im Sinne der Marktbeobachtung⁶⁷ jede von einem EVU angekündigte Preisänderung; zudem stellt die Preisüberwachung sicher,

Auslegung von Art. 3 KG bewirkt. Eine Verweigerung des Netzzugangs für einen Dritten, allein um diesen als Konkurrenten nicht am Strommarkt partizipieren zu lassen, stellt ein missbräuchliches Verhalten eines marktbeherrschenden Stromnetzbetreibenden im Sinne von Art. 7 KG dar; der Netzzugang kann also von Dritten gerichtlich durchgesetzt werden. Zu den Einzelheiten vgl. WEBER ROLF H., Bundesgerichtlicher Einstieg in die Liberalisierung des Elektrizitätsmarktes, SZW 2004 147 ff sowie KRATZ BRIGITTA, Bemerkungen zum Bundesgerichtsentscheid *Enterprises Électriques Fribourgeoises (EEF) c. Watt Suisse AG, Migros-Genossenschafts-Bund* (BGE 129 II 497), AJP 2004 1007 ff.

⁶⁰ SR 251.

⁶¹ Das Bundesgericht hat zwar festgehalten, dass ein Netzzugang gegen eine angemessene Entschädigung für die Netznutzung zu gewähren ist, begnügte sich jedoch für die Preisfestsetzung bei einem Hinweis auf die Berechnungsprinzipien des gescheiterten EMG, welche die Parteien als Verhandlungsgrundlage ihres privatrechtlichen Netznutzungsvertrags zur Hilfe nehmen könnten. Vgl. BGE 129 II 497, 542 f, E. 6.5.9. sowie KRATZ (Fn. 59), 1013 f.

⁶² Eingehend dazu PANNATIER VÉRONIQUE, Elektrizitätspreise und Transparenz, Die Volkswirtschaft 1/2-2005 35 ff.

⁶³ RPW 2007/5 700, 705.

⁶⁴ Vgl. <http://strompreise.preisueberwacher.ch> (besucht am 12. Februar 2008). Trotz neuer Zuständigkeit und Entscheidkompetenz der EICOM im Strombereich haben sich die beiden Regulierungsbehörden darauf geeinigt, dass die Preisüberwachung auch in der nächsten Zeit noch den Internet-Strompreisvergleich betreut; RPW 2007/5 700.

⁶⁵ Vgl. vorne Rz. 16. Um die Datenbank auf aktuellem Stand zu halten, wurden alle EVU, die seit 2006 keine Preisänderung gemeldet haben, gebeten, der Preisüberwachung allfällige bisherige oder geplante Änderungen mitzuteilen; RPW 2007/5 705.

⁶⁶ In 2005 wurden die Endpreise um durchschnittlich 8 Prozent gesenkt, obwohl die Strompreise an der Börse signifikant angestiegen sind; RPW 2005/5 735 sowie 747.

⁶⁷ Vgl. vorne Rz. 16. Die Massnahmen und Funktionen der Preisüberwachung bei der Marktbeobachtung haben indirekte Spar- oder Preisdisziplinierungswirkung.

vor (RPW 2007/5 704). Allgemein dazu auch JAGMETTI (Fn. 44), Rz. 2310.

⁴⁹ WEBER/KRATZ (Fn. 6), § 4 Rz. 123; vgl. auch § 4 Rz. 78 sowie § 11 Rz. 29 ff.

⁵⁰ SR 942.20.

⁵¹ Vgl. hinten Rz. 16 ff.

⁵² RPW 2007/5 700; RPW 2006/5 767; RPW 2005/5 735.

⁵³ Vgl. dazu hinten Rz. 29 ff.

⁵⁴ Vgl. dazu hinten Rz. 20 f.

⁵⁵ Vgl. hinten Rz. 22 ff sowie JAGMETTI (Fn. 44), Rz. 2312.

⁵⁶ Vgl. auch JAGMETTI (Fn. 44), Rz. 2312.

⁵⁷ JAGMETTI (Fn. 44), Rz. 2311.

⁵⁸ Vgl. auch JAGMETTI (Fn. 44), Rz. 2312 und 6413.

⁵⁹ Das Bundesgericht hat am 17. Juni 2003 mit BGE 129 II 497 ff (*Enterprises Électriques Fribourgeoises/Watt Suisse AG, Migros Genossenschaftsbund*) eine fallweise Öffnung des Strommarktes gestützt auf eine enge

dass Preissenkungen von den Stromlieferanten an die gesamte Kundschaft weitergegeben werden⁶⁸.

2. Strompreisabklärungen (Art. 7 und 8 PÜG)

[Rz 22] Anfangs 2004 hat ein Strompreisvergleich auf Basis der Datenbank der Endverbraucherpreise für den Internet-Preisvergleich ergeben, dass bei 80 EVU, vornehmlich in der Romandie, überdurchschnittliche Strompreise bezahlt werden mussten. Eine von der Preisüberwachung geforderte Begründung dieser Preise durch die EVU hat gezeigt, dass vor allem ungünstige Einkaufs- und Verteilbedingungen vorgebracht wurden. Die Preisüberwachung hat alsdann eine Untersuchung zur Frage eingeleitet, ob sich die Preisänderung aufgrund gesunkener Produktionskosten der Energie Ouest Suisse (EOS), dem Hauptlieferanten dieser Gegend, auf die Preise der Endkunden auswirken würde⁶⁹.

[Rz 23] Die EOS konnte ihre Produktionskosten soweit senken, dass sie als Vorbereitung auf die Strommarktl liberalisierung – im Sinne eines Vorsprungs auf ihre Konkurrenz im geöffneten Elektrizitätsmarkt – den Strom nun zu wettbewerbsfähigen Preisen anzubieten vermochte. Weil damit eine Senkung der Beschaffungskosten einherging, hat die Preisüberwachung eine Überprüfung der Services industriels de Genève, der Romande Energie SA, der Services industriels de Lausanne und der Entreprises Électriques Fribourgeoises vorgenommen, um festzustellen, ob diese tieferen Beschaffungskosten zu Gunsten der Endkunden und Endverteiler in einer Preisreduktion Niederschlag fanden, was der Fall gewesen ist. In einem weiteren Schritt war zu beurteilen, ob und in welchem Umfang die Endverteiler ihrerseits die Einsparung in den Beschaffungskosten an die Endverbraucher weitergaben⁷⁰.

[Rz 24] Im Berichterstattungsjahr 2006 ist die Preisüberwachung zum Schluss gekommen, dass die Endkundschaft der wiederverkaufenden Endverteiler der Romande Energie (RE, ein «actionnaire preneur» von EOS), die sich in Enerdis zusammengeschlossen haben, vom tieferen Einstandspreis profitierten, ohne dass Enerdis die Preisüberwachung ausdrücklich darauf hingewiesen hat. Infolge einer Intervention der Preisüberwachung haben sodann auch die Wiederver-

käufer der Energie Neuchâteloise SA (ENSA)⁷¹ die Preissenkung ihren Endkunden gutgeschrieben⁷².

[Rz 25] Im Verlauf der Jahre 2005 und 2006 haben sich die höheren Elektrizitätstarife der Romandie beim nationalen Durchschnitt eingependelt⁷³.

[Rz 26] Gegenüber den vorangegangenen Jahren wurde in 2007 – dem Vorjahr zum Inkrafttreten der Spezialgesetzgebung im Elektrizitätssektor – eine deutliche Zunahme von Preisänderungen verzeichnet. Obwohl in einer Vielzahl der Fälle lediglich kleinere Änderungen mit Erhöhungswirkung für bestimmte Kundengruppen vorgenommen wurden, konnte nicht ausgeschlossen werden, dass verschiedene Anbieter versuchen würden, vor Inkrafttreten des StromVG Preiserhöhungen zu fixieren, die einer Prüfung durch die ElCom wohl nicht standhalten würden⁷⁴.

[Rz 27] Zudem wurde das Augenmerk in 2007 bei verschiedenen vertieften Strompreisüberprüfungen auf diejenigen Fälle gerichtet, die Preiserhöhungen mit dem Argument international gestiegener Strompreise erklärten, ohne aber den tatsächlichen Anstieg der Beschaffungskosten nachzuweisen⁷⁵. In etwa zwei Dutzend Fällen intervenierte die Preisüberwachung bei der Festlegung von Endkundentarifierhöhungen bzw. Netznutzungstarifen⁷⁶.

[Rz 28] In 2007 hat schliesslich die Preisüberwachung in mehreren Fällen Empfehlungen gemäss Art. 14 PÜG abgegeben⁷⁷; so erzielte die Preisüberwachung z.B. für die Energie Wasser Bern (ewb) eine Preissenkung⁷⁸ und im Fall der SEE Champéry verhinderte sie eine Preiserhöhung⁷⁹.

3. Voranmeldungen von Strompreiserhöhungen (Art. 6 PÜG)

[Rz 29] In den Berichterstattungsjahren 2006 und 2007 hat sich die Preisüberwachung in den nachfolgenden konkreten Fällen mit Strompreisen (Endverbraucherpreisen) auseinandergesetzt; dabei hat die Preisüberwachung vor allem in 2007 die EVU ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sie das Preisprüfungskonzept des StromVG⁸⁰ im Sinne einer Vorwirkung anwende.

⁶⁸ Mit fünf EVU konnte die Preisüberwachung die Weitergabe der Erlöse aus der Versteigerung der grenzüberschreitenden Übertragungskapazitäten an Kunden bzw. deren Verwendung für Investitionen ins Stromnetz aushandeln; einzig mit der Elektrizitäts-Gesellschaft Laufenburg (EGL) ist noch keine Einigung erzielt worden; RPW 2007/5 705 und RPW 2006/5 768. Vgl. ferner TA vom 29. Februar 2008, 31 sowie zu den Auktionserlösen auch RPW 2006/5 767.

⁶⁹ RPW 2005/5 747 sowie RPW 2006/5 768.

⁷⁰ RPW 2005/5 748. Im Berichterstattungsjahr 2005 war diese Preisüberprüfung noch hängig; vgl. RPW 2005/5 735; ferner RPW 2006/5 768.

⁷¹ Gemeinden am Neuenburgersee, Services industriels de Neuchâtel et Services industriels des montagnes neuchâteloises.

⁷² RPW 2006/5 768.

⁷³ RPW 2005/5 748 sowie RPW 2006/5 768.

⁷⁴ RPW 2007/5 705.

⁷⁵ RPW 2007/5 705.

⁷⁶ Vgl. die Liste auf RPW 2007/5 718.

⁷⁷ Vgl. vorne Rz. 18.

⁷⁸ Vgl. die Empfehlung des Preisüberwachers zum neuen Preissystem Elektrizität der Energie Wasser Bern per 1. Januar 2007 vom 11. September 2006, (besucht am 12. März 2008).

⁷⁹ RPW 2007/5 700. Vgl. zudem die Empfehlungen für die auf RPW 2007/5 719 aufgelisteten EVU.

⁸⁰ Vgl. vorne Rz. 4.

3.1. Groupe e

[Rz 30] Die Entreprises Électriques Fribourgeoises haben der Preisüberwachung nach ihrer Fusion mit ENSA zur «Groupe e» ihre auf 1. Januar 2006 angekündigten neuen einheitlichen Elektrizitätstarife für ihr Versorgungsgebiet (Kantone Fribourg und Neuchâtel) vorangemeldet (Art. 6 PÜG)⁸¹. Die Tarife sind auf das tiefere Niveau von Entreprises Électriques Fribourgeoises gesenkt worden, was zu einer Einsparung von rund elf Prozent für die Abnehmer führte⁸².

3.2. Elektrizitätswerk der Stadt Zürich (ewz)

[Rz 31] Ende 2003 hat das Elektrizitätswerk der Stadt Zürich (ewz) als Übergangslösung bis zur Einführung eines neuen Tarifs einen auf drei Jahre befristeten Bonus im Umfang der vorgesehenen Tarifiereduktion gewährt. Die vom ewz erarbeitete neue Tarifvorlage für die Endverbraucherpreise sah mitunter drei grössere Änderungen vor⁸³:

- eine Senkung des Preisniveaus;
- ein ökologisches Stromangebot;
- eine Veränderung der Tarifstruktur zu Gunsten von Grosskunden.

[Rz 32] Die Preisüberwachung hat eine Empfehlung an den für die Tarifgestaltung zuständigen Gemeinderat⁸⁴ bzw. die gemeinderätliche Kommission abgegeben (Art. 14 PÜG)⁸⁵. Darin hat das Preisüberwachungsamt festgestellt, dass mit dem Eintritt des neuen Tarifs und dem gleichzeitigen Auslaufen der befristeten Bonusaktion die überwiegende Mehrheit der Kunden nicht ent-, sondern belastet würden. Unter Hinweis auf die sehr gute finanzielle Basis des ewz hat die Preisüberwachung empfohlen (Art. 14 Abs. 1 PÜG), den Tarifumbau zwar durchzuführen, die Preise für Haushalte und kleinere Geschäftskunden hingegen soweit zu reduzieren, dass im Vergleich zu den Bonustarifen effektiv keine Preiserhöhungen erfolgen.

[Rz 33] Die gemeinderätliche Kommission hat in der Folge die entsprechende Tarifvorlage an das ewz zur Überarbeitung zurückgegeben⁸⁶; das ewz hat die Vorgaben der Preisüberwachung berücksichtigt⁸⁷.

⁸¹ Vgl. vorne Rz. 16.

⁸² RPW 2005/5 748.

⁸³ RPW 2005/5 748.

⁸⁴ Zu den gemeindeeigenen EVU vgl. vorne Rz. 12.

⁸⁵ Vgl. vorne Rz. 18.

⁸⁶ Vgl. das Fazit auf RPW 2005/5 735.

⁸⁷ Für die Einzelheiten vgl. RPW 2005/5 748.

IV. Regulierung nach Stromversorgungsrecht

[Rz 34] Am 1. Januar 2008 ist das StromVG⁸⁸ mit wenigen Ausnahmen in Kraft getreten. Die Regelung des Anspruchs auf Netzzugang (Art. 13 Abs. 1 und 2 StromVG) sowie die kostendeckende Einspeisevergütung für Strom aus erneuerbaren Energien (vgl. Ziff. 2 des Anhangs zum StromVG) werden erst am 1. Januar 2009 in Kraft gesetzt⁸⁹.

[Rz 35] Sämtliche betroffenen Organisationen haben sich für die Schaffung des sektorspezifischen StromVG ausgesprochen; dabei waren mitunter die Rechtsunsicherheiten verbunden mit der Regelung des Elektrizitätsmarktes basierend auf dem allgemein für sämtliche Märkte geltenden KG⁹⁰ – gestützt auf die liberalisierungsfreundliche Auslegung des Bundesgerichts⁹¹ – und dem PÜG⁹² entscheidend.

[Rz 36] Die Konkretisierung der Strommarktordnung erfolgt in der Stromversorgungsverordnung (im Folgenden: Strom-VV), die – im Anschluss an ein detailliertes Vernehmlassungsverfahren – am 14. März 2008 vom Bundesrat gestützt auf Art. 30 Abs. 2 StromVG erlassen worden ist⁹³.

1. Zusammensetzung und Aufgaben der ElCom

1.1. Zusammensetzung

[Rz 37] Art. 21 ff StromVG bilden die Grundlage für die Elektrizitätskommission ElCom als sektorspezifische Regulatorin der Elektrizitätswirtschaft⁹⁴. Die ElCom agiert zudem als Überwachungsbehörde des Elektrizitätsmarkts⁹⁵.

[Rz 38] Die ElCom⁹⁶ ist als unabhängige Behörde mit richterlicher Funktion konzipiert. Laut Art. 21 Abs. 1 StromVG besteht die ElCom aus fünf bis sieben Mitgliedern – darunter ein Präsidium und ein Vizepräsidium⁹⁷, die vom Bundesrat bestellt und bezeichnet werden. Ende Juni 2007 hat der Bundesrat dementsprechend die ElCom mit sieben Mitglie-

⁸⁸ Vgl. vorne Rz. 4.

⁸⁹ Vgl. Art. 1 Abs. 2 der Verordnung über die teilweise Inkraftsetzung des Stromversorgungsgesetzes vom 28. November 2007 (AS 2007 6827) in der berichtigten Fassung vom 8. Januar 2008 (AS 2008 45).

⁹⁰ Vgl. Fn. 60.

⁹¹ Vgl. vorne Rz. 19.

⁹² Vgl. Fn. 50; Botschaft StromVG (Fn. 4), BBl 2005 1611, 1625.

⁹³ Vgl. AS 2008 1223. Vgl. z.B. NZZ Nr. 65 vom 18. März 2008, 17.

⁹⁴ Botschaft StromVG (Fn. 4), BBl 2005 1611, 1660.

⁹⁵ Art. 22 Abs. 1 StromVG; Einzelheiten dazu hinten in Rz. 39.

⁹⁶ Art. 20 StromVG lehnt sich eng an die Organisation der Kommunikationskommission (ComCom) an. Botschaft StromVG (Fn. 4), BBl 2005 1611, 1660.

⁹⁷ Das Vizepräsidium besteht aus zwei Mitgliedern; vgl. das Faktenblatt des BFE vom 27. Juni 2007 «Mitglieder ElCom».

dern besetzt⁹⁸. Diese Mitglieder sollen sachverständig⁹⁹ und unabhängig¹⁰⁰ sein. Ein Teilaspekt dieser Unabhängigkeit ist die Vorgabe, dass Mitglieder der ECom nicht Organen von juristischen Personen, die im Bereich der Elektrizitätswirtschaft tätig sind, angehören oder in einem Dienstleistungsverhältnis zu solchen juristischen Personen stehen dürfen¹⁰¹. Als weiterer Teilaspekt der Unabhängigkeit hat die ECom weisungsunabhängig vom Bundesrat (dem Wahlorgan) und vom UVEK und den Verwaltungsbehörden zu sein¹⁰².

1.2. Aufgaben (Zuständigkeitsbereich)

[Rz 39] Die ECom hat aufgrund von Art. 22 Abs. 1 StromVG die Aufgabe und umfassende Kompetenz, die Einhaltung des StromVG zu überwachen sowie Entscheide und Verfügungen zu treffen, die für den Vollzug des StromVG und der Ausführungsbestimmungen (in den bundesrätlichen Verordnungen) notwendig sind¹⁰³. Aufgrund von Art. 22 Abs. 6 StromVG orientiert die ECom die Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit und erstattet dem Bundesrat jährlich einen Tätigkeitsbericht¹⁰⁴.

[Rz 40] Die Zuständigkeiten der ECom werden in Art. 22 Abs. 2 StromVG exemplarisch aufgezählt. Die ECom ist demzufolge namentlich zuständig für den Entscheid im Streitfall (lit. a) und die Überprüfung (lit. b) der Elektrizitätstarife sowie der Netznutzungstarife und -entgelte¹⁰⁵. Im Falle der Überprüfung kann die ECom auch Tarifsenkungen verfügen oder Erhöhungen untersagen¹⁰⁶.

[Rz 41] Art. 22 Abs. 2 lit. a StromVG ermöglicht eine ex post Überprüfung der Elektrizitätstarife sowie der Netznutzungstarife und -entgelte in einem konkreten Streitfall¹⁰⁷. Art. 22 Abs. 2 lit. b StromVG eröffnet der ECom die Möglichkeit, unabhängig von einem konkreten Streitfall von Amtes wegen Elektrizitätstarife sowie Netznutzungstarife und -entgelte nachzuprüfen. Dabei kann sie im Nachhinein (zur Kompensation von in der Vergangenheit erzielten ungerechtfertigten Gewinnen) unangemessene Elektrizitätstarife sowie Netznutzungstarife und -entgelte für die Zukunft absenken, aber auch von vornherein (ex ante) Erhöhungen mittels Verfügung untersagen¹⁰⁸.

2. Abgrenzung der ECom zur und Koordination mit der Preisüberwachung

2.1. Abgrenzung zur Preisüberwachung

[Rz 42] Aus Art. 4 Abs. 2 PÜG i.V.m. Art. 15 Abs. 1 PÜG ergibt sich klar, dass verabredete Preise und Preise marktmächtiger Unternehmen von der aufgrund spezieller bundesrechtlicher Vorschriften (i.c. Stromversorgungsrecht) zuständigen Überwachungsbehörde an der Stelle der Preisüberwachung zu beurteilen sind.

[Rz 43] Die Preisüberwachung bleibt grundsätzlich in sämtlichen Bereichen zuständig, die nicht aufgrund der Spezialregelung im Stromversorgungsrecht in den Zuständigkeitsbereich der ECom fallen¹⁰⁹. Mit anderen Worten unterstehen die nicht speziell im Stromversorgungsrecht geregelten Bereiche der Stromwirtschaft weiterhin vornehmlich der Preisüberwachung und der Wettbewerbskommission¹¹⁰.

[Rz 44] Dieser Grundsatz der generellen Aufgabenbereichsabgrenzung lässt sich auf die Zuständigkeit in der Überwachung und Kontrolle der Elektrizitätstarife (einschliesslich des Netznutzungstarifs) und Strompreise übertragen: So gehören die Überwachungs- und Kontrollaufgaben bezüglich der Elektrizitätstarife im ersten Marktöffnungszeitraum sowie der Elektrizitätstarife für WAS-Kunden¹¹¹ im liberalisierten Markt zum Zuständigkeitsbereich der ECom. Demgegenüber werden die dem Wettbewerb ausgesetzten Bestandteile des Strompreises (unter Ausschluss des Netznutzungsentgelts

⁹⁸ Gesetzlich nicht im StromVG vorgeschrieben ist die paritätische Besetzung der ECom hinsichtlich des Geschlechts und der Herkunft der Mitglieder; dennoch sind diese Kriterien offensichtlich in die Wahl eingeflossen: drei der ECom-Mitglieder sind Frauen, drei sind aus der Romandie; vgl. das Faktenblatt des BFE vom 27. Juni 2007 «Mitglieder ECom»; weitere Hinweise ferner bei KRATZ BRIGITTA, Der Strommarkt wird liberalisiert – und die neue Regulierungsbehörde ECom tritt auf den Plan. Überblick über Organisation, Stellung und Aufgaben der ECom mit Bemerkungen zu Kritikpunkten, in: Wirtschaftsrecht in Bewegung, Festgabe zum 65. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zürich 2008, 423 ff, 431 f.

⁹⁹ Bei den sieben Mitgliedern handelt es sich um nach in erster Linie nach fachlichen und paritätischen Kriterien ausgewählte Personen aus den Bereichen Rechtswissenschaft, Ingenieurwesen, Ökonomie und Management in der Netzwerkindustrie.

¹⁰⁰ Zur Unabhängigkeit der ECom vgl. KRATZ (Fn. 98), 432 ff.

¹⁰¹ Gemäss Art. 21 Abs. 4 StromVG gibt sich die ECom ein Reglement über ihre Organisation und Geschäftsführung. Dieses bedarf der Genehmigung durch den Bundesrat. Auf dieser Grundlage hat die ECom das Geschäftsreglement der Elektrizitätskommission vom 12. September 2007 (SR 734.74) erlassen (im Folgenden: Geschäftsreglement der ECom) und der Bundesrat hat dieses am 21. November 2007 genehmigt.

¹⁰² Umgekehrt kann die ECom für den Vollzug des StromVG das BFE beiziehen und ihm Weisungen erteilen.

¹⁰³ Vgl. Botschaft StromVG (Fn. 4), BBl 2005 1611, 1645.

¹⁰⁴ Ähnlich Art. 4 Abs. 3 PÜG.

¹⁰⁵ Vorbehalten bleiben in beiden Fällen die Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen.

¹⁰⁶ Hinsichtlich des Beschwerdewegs kann gegen die Verfügungen der ECom beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde geführt werden (Art. 23 StromVG).

¹⁰⁷ Der Netzzugang kann vorsorglich verfügt werden. KRATZ (Fn. 98), 434.

¹⁰⁸ Vgl. auch Art. 19 Abs. 2 StromVV. Art. 22 Abs. 3 StromVG erweitert die Tarifüberprüfungskompetenz der ECom auf die Beobachtung und Überwachung der Entwicklung der gesamten Elektrizitätsmärkte, jedoch nur unter dem Aspekt einer sicheren und erschwinglichen Versorgung aller Landesteile (vgl. auch Abs. 4 und 5).

¹⁰⁹ Vgl. KRATZ (Fn. 98), 433.

¹¹⁰ Die Wettbewerbskommission ist also insbesondere weiterhin zuständig für unzulässige Wettbewerbsabreden, unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen sowie für Unternehmenszusammenschlüsse. Botschaft StromVG (Fn. 4), BBl 2005 1611, 1675; vgl. ferner BBl 1995 539.

¹¹¹ Vgl. Fn. 5.

aufgrund der Spezialregelung von Art. 22 Abs. 2 StromVG)¹¹² nicht von der ECom, sondern von der Preisüberwachung überwacht und kontrolliert¹¹³.

[Rz 45] Folgende Übersicht soll die Kompetenzabgrenzung zwischen der ECom und der Preisüberwachung nochmals graphisch veranschaulichen:

Kompetenzabgrenzung	ECom Kompetenzen		Preisüberwachung Kompetenzen	
	sachlich	persönlich	sachlich	persönlich
gestaffelte Liberalisierung	Netznutzungstarife/-entgelte	Netznutzer		
	Elektrizitätstarife	feste Endverbraucher		
			Strompreise	EVU und freie Endverbraucher
erste Marköffnungphase	Netznutzungstarife/-entgelte	Netznutzer		
	Elektrizitätstarife	WAS-Kunden		
			Strompreise	alle Stromabnehmer ausser WAS-Kunden
geöffneter Markt				
funktionalisieren der Wettbewerb?	nein		ja	

[Rz 46] Aus der Tabelle ergibt sich, dass die ECom für die Überprüfung und Überwachung derjenigen Tarife bzw. Preisbestandteile (Netznutzungsentgelte) zuständig ist, die a priori nicht dem Wettbewerb unterliegen. Die Preisüberwachung prüft und überwacht demgegenüber die grundsätzlich den Wettbewerbskräften ausgesetzten Strompreise im liberalisierten Strom(teil)markt, die jedoch Gefahr laufen, Monopolrenten von marktmächtigen EVU zu enthalten.

[Rz 47] Mit dieser sachlichen Zuständigkeitsabgrenzung geht in persönlicher Hinsicht eine Aufspaltung der Stromabnehmer in Kundengruppen einher¹¹⁴. Die ECom ist zuständig für die Beurteilung der Netznutzungstarife/-entgelte

für die Netznutzer¹¹⁵ und der Elektrizitätstarife für die festen Endverbraucher (während der Teilliberalisierung) sowie der Elektrizitätstarife für die WAS-Kunden (Vollliberalisierung), während die Preisüberwachung die Strompreise für die freien Endverbraucher (während der Teilliberalisierung) sowie für alle Stromabnehmer ausser für die freiwillig auf den Netzzugang verzichtenden WAS-Kunden (Vollliberalisierung) unter die Lupe nimmt¹¹⁶. Zusammenfassend kann somit gesagt werden, dass die ECom nicht die Kompetenz besitzt, alle Preisfestsetzungen im Elektrizitätssektor zu kontrollieren¹¹⁷.

[Rz 48] Namentlich mit Blick auf die Zuständigkeit der ECom für die Netznutzungstarife und -entgelte sowie die gleichzeitige Zuständigkeit der Preisüberwachung für die Strompreise im teil- und vollliberalisierten Markt wird eine Koordination der beiden Behörden unumgänglich.

[Rz 49] Netznutzungsentgelte sind nämlich ein zu berücksichtigender Bestandteil des Strompreises¹¹⁸. Gemäss Wortlaut von Art. 22 Abs. 2 lit. a und b StromVG¹¹⁹ ist eindeutig und ausschliesslich die ECom für die Überprüfung der Netznutzungsentgelte verantwortlich; auch die entsprechenden Materialien¹²⁰ lassen nicht auf ein anderes Ergebnis schliessen. Die Kontrolle von Strompreisen befindet sich hingegen im Kompetenzbereich der Preisüberwachung (Art. 22 Abs. 2 lit. a und b StromVG e contrario).

[Rz 50] Immerhin stellt sich die Frage, ob eine ausschliessliche Kompetenz der ECom – als sektorspezifischer Regulatorin – zur Überprüfung sämtlicher Preisfestsetzungen (Netznutzungsentgelte, Elektrizitätstarife und Strompreise) der Elektrizitätswirtschaft sinnvoller gewesen wäre, weil damit Koordinierungsprobleme und Effizienzverluste hätten vermieden oder minimiert werden können. Demgegenüber ist als Vorteil zu werten, dass die Preisüberwachung in der Öffentlichkeit klarer wahrgenommen wird.

2.2. Koordination mit der Preisüberwachung

[Rz 51] Das StromVG und die StromVV enthalten keine das PÜG in Betracht ziehende Koordinationsbestimmungen. Weil im PÜG bereits Rechtsgrundlagen zur Koordination bestehen, konnte der Gesetzgeber auf eine Regelung im StromVG verzichten.

¹¹² Vorbehalten bleiben auch die öffentlichen Abgaben; diese müssen zwar bei der Überprüfung der Preise von der ECom und der Preisüberwachung als Kostenfaktoren berücksichtigt werden (vgl. auch vorne Rz. 13), deren Höhe unterliegt jedoch keiner Kontrolle.

¹¹³ Botschaft StromVG (Fn. 4), BBl 2005 1611, 1661.

¹¹⁴ Vgl. auch vorne Rz. 11.

¹¹⁵ Weil im Netzbereich auch nach einer partiellen Öffnung kein Wettbewerb möglich ist (sog. «essential facility»), braucht es eine Überwachungsstelle als Ergänzung zur Regulierung des Netznutzungsentgelts als Bestandteil des Elektrizitätstarifs bzw. Stromgesamtpreises; die Überwachung dient als Ersatz für die fehlenden Marktkräfte, namentlich zur Verhinderung des Missbrauchs der Monopolstellung auf dem Netz. Vgl. Fn. 45.

¹¹⁶ Vgl. auch vorne Rz. 3 f sowie insbes. Fn. 5.

¹¹⁷ Vgl. auch Botschaft StromVG (Fn. 4), BBl 2005 1611, 1661 und 1676.

¹¹⁸ Vgl. vorne Rz. 13.

¹¹⁹ Vgl. vorne Rz. 40 f.

¹²⁰ Botschaft StromVG (Fn. 4), BBl 2005 1611, 1661.

[Rz 52] Art. 3 Abs. 2 des Geschäftsreglements der ElCom¹²¹ bestimmt unter (rechtsdogmatisch an sich nur bestätigendem) Hinweis auf Art. 15 PÜG, dass deren Präsident oder Präsidentin vor einem Entscheid über Netznutzungstarife, Netznutzungsentgelte und Elektrizitätstarife die Preisüberwachung zur Stellungnahme einlädt¹²².

[Rz 53] Das Preisüberwachungsrecht stellt mit Art. 15 PÜG¹²³ und Art. 5 Abs. 3 PÜG die erforderlichen Koordinationsvorgaben bereit. Das Orientierungs- und Antragsrecht der Preisüberwachung gegenüber Spezialbehörden wie der ElCom (Art. 15 Abs. 2^{bis} PÜG) sowie die Begründungspflicht der ElCom als Spezialbehörde bei von der Auffassung der Preisüberwachung abweichenden Entscheiden (Art. 15 Abs. 2^{ter} PÜG) sind deshalb direkt anwendbar.

[Rz 54] Gemäss Art. 15 Abs. 2^{bis} PÜG hat die ElCom die Preisüberwachung über die von ihr vorzunehmenden Preisbeurteilungen zu orientieren¹²⁴. Im Anschluss an ihre eigenen Abklärungen kann die Preisüberwachung beantragen, auf eine Preiserhöhung ganz oder teilweise zu verzichten oder einen missbräuchlich beibehaltenen Preis zu senken (Art. 15 Abs. 2^{bis} Satz 2 PÜG)¹²⁵. Dementsprechend vermag die Preisüberwachung inhaltlich die gleichen Empfehlungen abzugeben, wie wenn sie selber einen Entscheid zu fällen in der Lage wäre. Die Preisüberwachung nimmt ihre Beurteilung, die Grundlage der Stellungnahme bilden soll, im ordentlichen Abklärungsverfahren gemäss Art. 8 PÜG vor¹²⁶. In verfahrensrechtlicher Hinsicht erfolgt die Beurteilung nach den allgemeinen Grundsätzen von Art. 4 Abs. 2 PÜG und Art. 10 PÜG.

[Rz 55] Art. 15 Abs. 2^{ter} PÜG ordnet an, dass die ElCom die Stellungnahme der Preisüberwachung oder im Falle einer abweichenden Auffassung eine besondere Begründung in ihrem Entscheid anzuführen hat. Die Preisüberwachung muss rechtzeitig (im Voraus) informiert werden, damit ihre Stellungnahme noch vor der Entscheidfindung der ElCom zur Verfügung gestellt werden kann.

¹²¹ Vgl. Fn. 101.

¹²² Botschaft StromVG (Fn. 4), BBl 2005 1611, 1676. Vgl. auch KRATZ (Fn. 98), 433.

¹²³ Art. 15 Abs. 1 PÜG hält den Vorrang der gemäss einem besonderen Bundesgesetz (StromVG) als zuständig erklärten Bundesbehörde (ElCom) gegenüber der Preisüberwachung fest. Die konkrete Zuständigkeit ergibt sich aus dem anwendbaren Bundesgesetz; vgl. dazu vorne Rz. 42 f. Art. 15 Abs. 2 PÜG hält diese Bundesbehörde (ElCom) aber an, sich so weit als möglich und mit den Zielen der besonderen Preisüberwachung vereinbar an die Grundsätze des PÜG zu halten. Gemeint sind damit insbesondere die Preisbeurteilungskriterien von Art. 12/13 PÜG.

¹²⁴ Die sachgerechte Information muss alle Dokumente und Daten mitumfassen, die es der Preisüberwachung möglich machen, eine sinnvolle Empfehlung abzugeben.

¹²⁵ Die Stellungnahme der Preisüberwachung ist keine verwaltungsrechtliche Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG, weshalb sie nicht zur Einreichung einer Beschwerde legitimiert.

¹²⁶ Vgl. dazu vorne Rz. 16.

[Rz 56] Die Anhörung sowie die Begründung einer von der Preisüberwachung abweichenden Auffassung lassen etwaige unterschiedliche Vorgehensweisen der ElCom und der Preisüberwachung zu Tage treten.

[Rz 57] Die Unterlassung der Konsultation der Preisüberwachung durch die ElCom stellt eine Verletzung von Bundesrecht dar, ebenso wie die Orientierung der Preisüberwachung, ohne ihre Stellungnahme anzuführen bzw. eine Abweichung davon besonders zu begründen. Eine entsprechend getroffene Verfügung der ElCom ist nichtig¹²⁷. Der Mangel kann nicht im Verfahren vor Bundesgericht geheilt werden¹²⁸.

[Rz 58] Die in Art. 5 Abs. 3 PÜG vorgesehene Koordinierungsmassnahme der gegenseitigen Orientierung über wichtige Entscheidungen zwischen der Preisüberwachung und der Wettbewerbskommission lässt sich analog auch auf das Verhältnis der Preisüberwachung zur ElCom heranziehen.

V. Zusammenfassung

[Rz 59] Die ElCom ist zwar die neue Regulierungsbehörde im Strommarkt, die insbesondere zuständig ist für die Überprüfung der Entgelte der Netznutzung im Stromteilmarkt des Stromtransports mit Marktversagen. Die übrigen Bestandteile der Strompreise (ausser den Netznutzungsentgelten) unterliegen hingegen grundsätzlich den Wettbewerbskräften und sind deshalb weiterhin von der Preisüberwachung zu überprüfen. Die Kompetenz zur Beurteilung der Strompreise ist mit Inkrafttreten also nur teilweise von der Preisüberwachung auf die ElCom übergegangen; die ElCom ist für die Überwachung der Strompreise nicht ausschliesslich zuständig.

[Rz 60] Die ineinander übergreifenden Zuständigkeiten der ElCom und der Preisüberwachung machen eine Koordination der beiden Bundesbehörden notwendig. Das Stromversorgungsrecht lässt Koordinierungsbestimmungen vermissen, weshalb auf Art. 15 Abs. 2^{bis} PÜG (Orientierungs- und Antragsrecht der Preisüberwachung) und Art. 15 Abs. 2^{ter} PÜG (Zitier- bzw. Begründungspflicht der ElCom) als direkt anwendbare Normen zurückzugreifen ist; Art. 3 Abs. 2 des Geschäftsreglements der ElCom bestätigt diese Herangehensweise. Ergänzend ist Art. 5 Abs. 3 PÜG (allgemeine gegenseitige Orientierungspflicht über wichtige Entscheidungen) analog heranzuziehen.

Rolf H. Weber ist Prof. Dr. iur., Ordinarius für Privat-, Wirtschafts- und Europarecht an der Universität Zürich und Rechtsanwalt in Zürich. lic. iur. Annja Mannhart ist wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl von Prof. Rolf H. Weber.

¹²⁷ Vgl. z.B. BGer, in: VKKP 1996/1b, 98, Notariatsgebühren Fribourg.

¹²⁸ Vgl. z.B. VKKP 1996/1b, 27 und 30, Leerkassettenvergütung.

* * *